



Kass.-Nr. AA070125/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 28. Mai 2008

in Sachen

X.,

Beklagter und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Kläger und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Feststellung (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2007 (HG050349/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer liess dem Beschwerdegegner im Januar 2005 einen Zahlungsbefehl über eine Forderung von Fr. 37'942.90 zustellen (HG [Handelsgericht] act. 4/3). Im November 2005 reichte der Beschwerdegegner beim Handelsgericht Zürich eine Klage gegen den Beschwerdeführer ein mit den Anträgen, es sei festzustellen, dass zwischen den Parteien kein Rechts- und Schuldverhältnis bestehe und dass demzufolge der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 37'492.50 nicht schulde, und es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner die Betreuung ohne Schuldgrund habe zustellen lassen (HG act. 1 S. 2). Der Beschwerdeführer beantragte mit seiner Klageantwort, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventua-liter sei sie abzuweisen (HG act. 9 S. 2). Datiert mit 10. Januar 2007 reichte er beim Bezirksgericht _____ eine Klage gegen den Beschwerdegegner ein mit dem Antrag, dieser sei zu verpflichten, ihm €25'000.-- zu bezahlen (dabei ging es um den gleichen Anspruch, bezüglich welchen der Beschwerdegegner die negative Feststellungsklage über Fr. 37'492.50 bei der Vorinstanz eingereicht hatte [KG act. 2 S. 8 Erw. 4]), und es sei in der vorerwähnten Betreuung der Rechtsvor-schlag aufzuheben (HG act. 25 S. 2).

2. Mit Beschluss vom 12. Juni 2007 trat das Handelsgericht auf die Klage (des Beschwerdegegners vom November 2005) nicht ein (KG act. 2 S. 9 Dispositiv-Ziffer 1), weil durch die Leistungsklage des Beschwerdeführers beim Bezirksgericht _____ das rechtliche Interesse des Beschwerdegegners an der negativen Feststellungsklage entfallen sei (KG act. 2 S. 8 unten). Die Vorinstanz auf-erlegte die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer und verpflichtete diesen, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung von Fr. 8'900.-- zu bezahlen (KG act. 2 S. 9 Dispositiv-Ziffern 3 und 4).

3. Innert Frist (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) [HG act. 30B, KG act. 1]) reichte der Beschwerdeführer gegen den handelsgerichtlichen Beschluss

vom 12. Juni 2007 eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er, die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses seien aufzuheben, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, ihm eine Prozessentschädigung von Fr. 8'900.- abzüglich Weisungskosten zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerde wurde hinsichtlich der angefochtenen Dispositiv-Ziffern des vorinstanzlichen Beschlusses aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4 Ziff. 5). Die ihm nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 3'000.-- (KG act. 4 Ziff. 4) leistete der Beschwerdeführer fristgerecht (KG act. 5/1, act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 8). Mit seiner ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5/2, act. 10) Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11, act. 12/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, das Rechtsbegehren des Beschwerdegegners vor Vorinstanz sei unzulässig gewesen. Diese hätte aus diesem Grund auf die Klage nicht eintreten dürfen und bei diesem Ausgang dem Beschwerdegegner die Kosten auferlegen müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 10). Sie habe aber ihm, dem Beschwerdeführer, implizit vorgeworfen, er habe den Nichteintretensentscheid veranlasst (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 11.1). Dabei habe sie sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 11.2). Es sei nämlich erst nach Eingang der Replikbegründung ersichtlich gewesen, was der Beschwerdegegner habe festgestellt haben wollen. Sodann habe er (der Beschwerdeführer) vor Handelsgericht keine Widerklage erheben können (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 11.3, S. 9 Ziff. 11.7). Der Beschwerdegegner habe ihn zum Einleiten der Betreuung provoziert. Nach dem Rechtsvorschlag habe der Beschwerdeführer das Sühn-

begehren gestellt. Der Beschwerdegegner habe die Forderung bestritten, beanstandet, dass der Beschwerdeführer ihn privat und nicht eine seiner Firmen betrieben habe, ihn aber bewusst im Ungewissen gelassen, gegen wen er den behaupteten Anspruch zu richten habe (Beschwerde KG act. 1 S. 8 f.). Der Beschwerdegegner habe ihm Frist angesetzt, um die Betreuung zurückzuziehen. Der Beschwerdeführer habe an der Forderung festgehalten und ein Gespräch offeriert. Stattdessen habe der Beschwerdegegner eine negative Feststellungsklage eingeleitet. Aus diesen Gründen hätte die Vorinstanz die Kosten dem Beschwerdegegner auferlegen und diesen zur Zahlung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer verpflichten müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 9). Ferner habe der Beschwerdegegner das Verfahren als klagende Partei veranlasst. Das Nichteintreten auf die Klage habe zwar unmittelbar der Beschwerdeführer durch das Einreichen der Leistungsklage veranlasst. Der Beschwerdegegner habe ihm aber durch sein Verhalten Anlass dazu gegeben. Über den mutmasslichen Prozessausgang in der Hauptsache lasse sich nichts aussagen. Im Rahmen einer angemessenen Lösung wären die Kosten auch bei fehlendem Rechtsschutzinteresse dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Mit ihrem Entscheid habe die Vorinstanz ihr Ermessen missbraucht und klares materielles Recht verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 10 Ziff. 12).

2. Der Beschwerdegegner bestreitet, dem Beschwerdeführer etwas zu schulden (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 3 f. Ziff. 2). Erst durch die Klageantwort habe er erfahren, worauf der Beschwerdeführer seine Behauptungen im Zusammenhang mit der Betreuung überhaupt stütze (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 3 Ziff. 1). Der Beschwerdeführer habe ihn ungerechtfertigt betrieben. Entgegen schriftlichen Aufforderungen habe er diese Betreuung nicht zurückgezogen. Die Vorinstanz habe zutreffend festgestellt, dass der Beschwerdeführer auch nach Erhalt der Weisung innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden drei Monate keine Klage erhoben und bis Mitte November 2005 tatenlos zugewartet habe. Deswegen habe er die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu tragen, nachdem er seine Klage beim Bezirksgericht _____ erst nach Abschluss des Hauptverfahrens vor der Vorinstanz eingereicht und damit dieses Verfahren gegenstandslos werden lassen habe (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 6 Ziff. 6,

S. 7 Ziff. 8). Der Beschwerdeführer habe anerkannt, dass er selber es gewesen sei, welcher das Nichteintreten auf die Klage unmittelbar verursacht habe. Er habe zutreffend ausgeführt, dass das Gericht nach § 65 ZPO nach Ermessen über die Kostenfolge entscheide und dabei in Betracht ziehe, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe. Nachdem er nicht bestreite, dass er die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe, sei nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht die Vorinstanz bei der Kostenverlegung willkürlich gehandelt hätte (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 12 f. Ziff. 17). Der Beschwerdeführer lege nicht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO dar, dass der Vorinstanz in diesem Zusammenhang grobe Verstösse und Irrtümer unterlaufen seien (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 13 Ziff. 18).

3. Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Dessen ist sich der Beschwerdeführer grundsätzlich bewusst (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. 7). Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69; vgl. bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen insbes. auch ZR 106 [2007] Nr. 23 Erw. II.3 mit verschiedenen Hinweisen).

4. Die Vorinstanz trat auf die Klage nicht ein, weil das - bis zum Abschluss des Hauptverfahrens vorhandene (KG act. 2 S. 9 Erw. IV) - rechtliche Interesse

an der negativen Feststellungsklage des Beschwerdegegners (aufgrund der Einreichung der den gleichen Anspruch betreffenden Leistungsklage des Beschwerdeführers vor Bezirksgericht _____) entfallen ist (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 unten, S. 9 Dispositiv Ziff. 1).

Entfällt das rechtliche Interesse an der Klage, entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge (§ 65 Abs. 1 ZPO). Das tat die Vorinstanz. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts wies die Beschwerdeführerin dabei nicht nach. Die Vorinstanz auferlegte die Kosten nach dem Verständnis beider Parteien (Beschwerdeführer KG act. 1 S. 7 Ziff. 11.1; Beschwerdegegner KG act. 10 S. 13 Ziff. 18) derjenigen Partei, welche das Entfallen des rechtlichen Interesses verursacht hat. Das ist eines von verschiedenen Kriterien und als solches analog der Verursachung einer Gegenstandslosigkeit ein durchaus zulässiges Kriterium für die Kostenaufgabe (vgl. etwa Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 65 mit verschiedenen Hinweisen; vgl. auch Beschwerde KG act. 1 S. 6 oben). Durch die Anwendung dieses Kriteriums bewegte sich die Vorinstanz innerhalb des materiellen Rechts. Auch wenn stattdessen auch andere Kriterien angewendet werden könnten (eventuell solche, welche der Beschwerdeführer in der Beschwerde anführt), und selbst wenn das Kassationsgericht bei einem eigenen freien Ermessensentscheid ein anderes Kriterium bevorzugt und anders entschieden hätte, kann beim vorinstanzlichen Entscheid von einem groben Verstoss gegen materielles Recht keine Rede sein. Durch den Hinweis auf andere mögliche (nach seiner Meinung vorzuziehende) Kriterien wies der Beschwerdeführer nicht nach, dass die Anwendung des von der Vorinstanz angewandten Kriteriums geradezu unvertretbar wäre. Die Beschwerde geht fehl.

5. Zu den einzelnen Ausführungen in der Beschwerde kann überdies Folgendes erwähnt werden:

5.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, das Rechtsbegehren des Beschwerdegegners sei unzulässig gewesen. Die gegenteilige Erwägung der Vorinstanz verletze klares materielles Recht. Auf die Klage sei primär wegen Unzulässigkeit des Rechtsbegehrens und nur subsidiär wegen fehlenden Rechts-

schutzinteresses nicht einzutreten gewesen (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 10).

Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass mit der Anhängigkeit seiner Klage beim Bezirksgericht _____ das Feststellungsinteresse an der negativen Feststellungsklage des Beschwerdegegners entfiel (KG act. 2 S. 8 unten). Die Vorinstanz trat deshalb auf die Klage nicht ein. Auch das bezeichnet der Beschwerdeführer nicht als falsch. Ob die Vorinstanz auch oder sogar primär aus einem anderen Grund (Unzulässigkeit des Rechtsbegehrens) auf die Klage nicht hätte eintreten können, hat deshalb keine Bedeutung. Weil das Rechtsschutzinteresse entfiel, hatte die Vorinstanz nicht mehr darüber zu entscheiden. Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, die Kosten hätten deshalb nicht ihm auferlegt werden dürfen, weil wegen Unzulässigkeit des Rechtsbegehrens auf die Klage nicht hätte eingetreten werden dürfen, macht er sinngemäss geltend, die Vorinstanz hätte bei der Kostenfolge, statt darauf, wer das Entfallen des Rechtsschutzinteresses veranlasste, darauf abstellen müssen, wer obsiegt hätte (nämlich er, weil auf die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsbegehrens nicht hätte eingetreten werden können; vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 10.2). Damit postuliert er einfach die Anwendung eines anderen Kriteriums als das von der Vorinstanz angewandte, ohne darzutun, dass die vorinstanzliche Rechtsanwendung klares materielles Recht verletzt.

Hinzu kommt, dass es der Beschwerdeführer war, der durch die Einreichung seiner Klage beim Bezirksgericht _____ vor Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens mit dem dadurch bewirkten Entfallen des Feststellungsinteresses das daraus folgende Nichteintreten auf die Klage und damit auch das Entfallen der Notwendigkeit eines Entscheides über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsbegehrens verursachte und auch deshalb der Vorinstanz keine Verletzung klaren materiellen Rechts vorwerfen kann, wenn diese auf das Kriterium der Verursachung des Entfallens des Rechtsschutzinteresses und nicht auf das Kriterium des mutmasslichen Obsiegens (aufgrund allfälliger Unzulässigkeit des Rechtsbegehrens) abstellte.

5.2. Unter dem Titel "fehlendes Rechtsschutzinteresse" macht der Beschwerdeführer geltend, er habe erst nach Eingang der Replikbegründung erkannt, was der Beschwerdegegner habe festgestellt haben wollen. Im Wesentlichen macht er auch damit geltend, das Rechtsbegehren sei unzulässig gewesen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Ziff. 11.3 zweiter Absatz). Dazu kann auf die vorstehende Erw. 5.1 verwiesen werden.

5.3. Weiter macht der Beschwerdeführer unter dem Titel "fehlendes Rechtsschutzinteresse" geltend, mit der Wahl des Handelsgerichts für seine negative Feststellungsklage habe ihm der Beschwerdegegner die Möglichkeit genommen, seine Forderung widerklageweise geltend zu machen, und habe damit bewusst in Kauf genommen, dass die Vorinstanz auf die negative Feststellungsklage nicht eintrete, wenn er seine Forderung beim Bezirksgericht _____ rechtshängig mache (Beschwerde KG act. 1 S. 7 letzter Absatz). Inwiefern deshalb die vorinstanzliche Kostenfolge klares materielles Recht verletzen soll, erläutert der Beschwerdeführer aber nicht. Dies ist auch nicht ersichtlich.

5.4. Schliesslich macht der Beschwerdeführer weiter unter dem Titel "fehlendes Rechtsschutzinteresse" im Wesentlichen geltend, der Beschwerdegegner habe ihn einerseits zur Betreibung provoziert, andererseits daran gehindert, seine Leistungsklage früher einzureichen und stattdessen selber eine negative Feststellungsklage eingereicht (Beschwerde KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 11.4 - 11.8). Auch diesbezüglich ist indes nicht ersichtlich, dass die vorinstanzliche Kostenfolge klares materielles Recht verletzte. Der Beschwerdeführer möchte damit wohl geltend machen, der Beschwerdegegner habe das vorinstanzliche Verfahren veranlasst. Zwar ist das ein Kriterium für eine Kostenaufgabe im Rahmen von § 65 Abs. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65). Es wird aber auch damit nicht dargetan, dass die vorinstanzliche Anwendung eines anderen (zulässigen) Kriteriums klares materielles Recht verletzte. Abgesehen davon änderten auch die vom Beschwerdeführer behaupteten Umstände (träfen sie zu, was aber offen gelassen werden kann) nichts daran, dass er durch die Einleitung seiner positiven Leistungsklage vor Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens das Feststellungsinteresse des Beschwerdegegners dahinfallen liess

und dadurch das Nichteintreten verursachte (anstatt allenfalls vorerst einen rechtskräftigen Entscheid im nun einmal hängigen vorinstanzlichen Verfahren abzuwarten). Dabei kann auch offen bleiben, ob dieses Verhalten des Beschwerdeführers (Betreibung; spätere Klageerhebung beim Bezirksgericht _____) angemessen war oder nicht (die Zulässigkeit steht ausser Frage): Die Beantwortung dieser Frage änderte nichts daran, dass der Beschwerdeführer mit der Einreichung seiner Klage beim Bezirksgericht _____ das Entfallen des rechtlichen Interesses und damit den Nichteintretensentscheid (kausal; unabhängig von der Frage eines Verschuldens) verursachte, dies ein zulässiges Kriterium für die vorinstanzliche Kostenfolge ist und keine Verletzung klaren materiellen Rechts vorliegt (auch wenn allenfalls gestützt auf die Darstellung des Beschwerdeführers ein anderer Entscheid möglich wäre).

6. Weitere Nichtigkeitsgründe macht der Beschwerdeführer nicht geltend, auch nicht auf der zusammenfassenden S. 10 der Beschwerde. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist dieser zu verpflichten, dem Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren ging es ausschliesslich noch um die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheides. Der Streitwert beträgt damit Fr. 12'480.--.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 12'480.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 12. Juni 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: